

WP – Klausurarbeit

Klausurarbeit

Rechtslehre

gemäß § 239 Abs. 5 WTBG 2017/137 i.d.g.F.

i.V.m. § 34 Abs. 4 WTBG 1999

31. August 2018

Angabe

KLAUSUR RECHTSLEHRE ALT 31.8.2018 (240 P)

AUFGABE 1 (40 P)

An der S-GmbH sind die XY-Ltd zu 90% und die Z-GmbH zu 10% beteiligt. Geschäftsführer der S-GmbH war ursprünglich Herr A, der auch Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der XY-Ltd war. Im Juni 2011 vereinbarte A als Vertreter der Ltd. und ein Vertreter der Z-GmbH mündlich, dass die beiden Gesellschafter Z-GmbH und XY-Ltd einen Kredit von insgesamt € 300.000 im Verhältnis 2:1 an die S-GmbH gewähren. Die Z-GmbH überwies in mehreren Etappen insgesamt € 200.000 an die S-GmbH.

Frau B gewährte bereits im Jahr 2010 der S-GmbH ebenfalls einen Kredit in Höhe von insgesamt € 350.000. Zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung waren A und B verheiratet. Zum Bilanzstichtag 31.12.2010 wies die S-GmbH noch ein positives Eigenkapital aus.

Im April 2012 wurde über das Vermögen der S-GmbH ein Konkursverfahren eröffnet. Die Z-GmbH meldete eine Forderung in Höhe von € 200.000 an, die vom Masseverwalter mit der Anmerkung „Eigenkapital ersetzend“ bestritten wurde. Später zog er die Forderungsbestreitung zurück, weil er der Meinung war, dass die Z-GmbH nicht vom EKEG erfasst sei.

B meldete in diesem Verfahren eine Forderung in Höhe von € 350.000 an. Der Masseverwalter bestritt diese Forderung, weil er vom nunmehrigen Geschäftsführer der S-GmbH die Auskunft erhalten hatte, dass die Mittel für die Kreditgewährung aus dem Vermögen des A (als damaligen Ehemann) stammen und Nachrangigkeit dieser Kreditforderung vereinbart wurde. Einige Wochen später informierte der nunmehrige Geschäftsführer den Masseverwalter, dass er von der Steuerberaterin der Gesellschaft die Auskunft erhalten hätte, dass die Überweisung der Kreditvaluta von einem B zuzurechnenden Konto erfolgt sei und ihrer Information nach keine Nachrangigkeit vereinbart wurde. Dennoch anerkannte er die Forderung der B nicht.

- a) Erläutern Sie ausführlich, unter welchen Voraussetzungen der Kredit der Z-GmbH tatsächlich Eigenkapital ersetzend wäre! Was muss der Masseverwalter prüfen, bevor er die Forderung bestreitet? (10 P)
- b) Welche Konsequenz hätte es im Anlassfall, wenn der Kredit der Z-GmbH tatsächlich Eigenkapital ersetzend wäre? (6 P)
- c) Was wäre, wenn der Masseverwalter die Forderung der Z-GmbH zu Unrecht anerkannt hätte? (8 P)
- d) Wie wäre die Rechtslage, wenn die Mittel für die Kreditvergabe durch B tatsächlich aus dem Vermögen des Ehemannes stammen würden? (10 P) Was wäre, wenn B den Kredit auf eigene Rechnung gewährt hätte? (6 P)

AUFGABE 2 (50 P)

X ist Alleingesellschafter und Geschäftsführer der X-GmbH. Da er kinderlos ist, überlegt er schon längere Zeit, wie er seine Nachfolge in der Gesellschaft regeln könnte. Er möchte seinen langjährigen Mitarbeiter Y in mehreren Schritten die Anteile an der GmbH übertragen und sich aus der

Geschäftsführung zurückzuziehen. Nach längeren Gesprächen wird zwischen X und Y folgende schriftliche Vereinbarung getroffen:

1. X legt die Geschäftsführung zurück und bestellt Y zum neuen alleinvertretungsbefugten Geschäftsführer. Y ist verpflichtet, bei allen Rechtsgeschäften, die den Betrag von € 10.000 überschreiten, die schriftliche Zustimmung von X einzuholen und jegliche Weisung des X zu befolgen. Gleichzeitig überträgt X 10 % seines Geschäftsanteils an Y.
2. Um den Lebensunterhalt zu finanzieren, soll X einen Gewinnvorab in Höhe von € 48.000 excl. KESt erhalten, aufgeteilt auf 12 Monatsraten a € 4.000,--. Dieser Gewinnvorab soll eine garantierte Mindestzahlung an X sein. Sollte der tatsächliche Gewinn höher sein, wird der Rest im Verhältnis der Beteiligung auf X und Y verteilt.
3. Alternativ zu b) wurde ursprünglich überlegt, dass X „pro forma“ Geschäftsführer bleiben und ein monatliches Geschäftsführergalt von € 6.000 brutto erhalten soll.
4. X verpflichtet sich in dieser schriftlichen Vereinbarung weiters, dass er Y in den nächsten Jahren jährlich jeweils weitere 10% des Anteils gegen einen Kaufpreis von jeweils € 30.000 übertragen wird
5. Vereinbart wird weiters, dass Y den Kaufpreis für diese Anteile durch einen Kredit bei der Hausbank der X-GmbH finanzieren soll; diesen Kredit soll die X-GmbH durch ein Pfandrecht an einer ihr gehörenden Liegenschaft besichern.

Beantworten Sie bitte folgende Fragen:

- a) Welche Formalismen hat ein Geschäftsführer generell zu beachten, damit er wirksam seine Geschäftsführung zurücklegt? (5P)
- b) Welche rechtlichen Konsequenzen bestünden, falls Y ein Rechtsgeschäft über € 10.000 abschließen würde, ohne die Zustimmung von X einzuholen? (3 P)
- c) Wer ist generell berechtigt, dem Geschäftsführer Weisungen zu erteilen? Muss er Weisungen befolgen? (6 P)
- d) Wie beurteilen Sie die „Gewinnvorab-Vereinbarung“? (8 P)
- e) Welche Probleme hätte X, würde die ursprünglich angedachte Alternativvariante (bleibt pro forma Geschäftsführer) umgesetzt werden? Welche Rechtsfolgen hätte die Umsetzung? (12 P)
- f) Wie beurteilen Sie die Verpflichtung des X, in den nächsten Jahren weitere Teile des Geschäftsanteils abzutreten? (6 P) Ist es überhaupt zulässig, dass Teile eines Geschäftsanteils abgetreten werden? (2 P)
- g) Wie ist die Finanzierung des Abtretungspreises zu beurteilen? (8 P)

AUFGABE 3 (40 P)

Ein Ehepaar überlegt, eine Privatstiftung (PS) zu gründen und ihr hauptsächlich aus Immobilien bestehendes Vermögen in die Stiftung einzubringen. Bei den Immobilien handelt es sich in erster Linie um Zinshäuser. Aus den Zinserträgen sollen vorrangig die laufenden Kosten der Stiftung abgedeckt werden; Überschüsse oder zumindest Teile davon sollen an die drei Kinder und das Ehepaar als Begünstigte ausgeschüttet werden.

Das Ehepaar wendet sich mit folgenden Fragen an Sie und ersucht Sie um deren Beantwortung:

- a) Kann eine PS auch ohne Barmittel nur durch die Einbringung von Immobilien gegründet werden? Kann eine besonders ertragreiche Immobilie auch dergestalt der PS gewidmet werden, dass sich die Stifter ein Fruchtgenussrecht vorbehalten? (8 P)
- b) Kann bei einer PS wie bei einer Kapitalgesellschaft nur der Bilanzgewinn an die Begünstigten ausgeschüttet werden oder kann man ihnen auch mehr zuwenden? Wer entscheidet über die Höhe der Zuwendungen? (8 P)
- c) Könnte das Ehepaar auch eine Stiftung dergestalt errichten, dass sie erst nach dem Tod der beiden Partner entsteht? Wer müsste dann dafür Sorge tragen, dass die Stiftung nach dem Tod auch tatsächlich entsteht? (10 P)
- d) Hat man als Stifter irgendeinen Einfluss darauf, wie der Stiftungsvorstand das Vermögen verwaltet? Gewünscht ist eine Regelung, dass der Stiftungsvorstand vor dem Abschluss von Rechtsgeschäften, die für die Privatstiftung von Bedeutung sind, die Zustimmung der Stifter oder des aus Begünstigten bestehenden Beirates einzuholen hat. Weiters soll vorgesehen werden, dass der Stifterin oder dem Beirat bei derartigen Entscheidungen ein Vetorecht zusteht. Wäre eine solche Regelung zulässig? (14 P)

AUFGABE 4 (50 P)

Die G-GmbH weist im Jahresabschluss 2017 ein negatives Eigenkapital in Höhe von knapp € 200.000 auf. Bekanntlich ist im Anhang zu erörtern, ob eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vorliegt.

- a) Wann liegt eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vor? Erklären Sie insbesondere, wie ermittelt wird, ob eine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt! (10 P)

Beurteilen Sie, ob nachfolgende Anhangserörterungen geeignet sind, eine entsprechende Erklärung zu liefern und begründen Sie auch Ihre Meinung:

- b) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt nicht vor, weil der Gesellschafter G der Gesellschaft einen Kredit in Höhe von € 200.000 gewährt hat, dieser Kredit aber Eigenkapital ersetzend sei. (10 P)
- c) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt nicht vor, weil sich der Gesellschafter G für einen Kredit der Gesellschaft bei der Bank in Höhe von € 500.000 verbürgt hat. (10 P)
- d) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt nicht vor, weil der Gesellschafter G eine Patronatserklärung abgegeben hat. (10 P)
- e) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts liegt nicht vor, da die Gesellschaft stets in der Lage war und ist, ihre Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. (10 P)

AUFGABE 5 (30 P)

Der Geschäftsführer einer GmbH, die sich in einer wirtschaftlichen Krise befindet, legt den Gesellschaftern in einer Gesellschafterversammlung ein Sanierungskonzept vor. Dieses sieht unter anderem auch die Zuführung von Liquidität in Form von Eigenkapital vor. Geplant ist, dass die Gesellschafter im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung eine Barkapitalerhöhung um € 500.000 beschließen und dieses Kapital unverzüglich auf das Konto der Gesellschaft einzahlen. Dieses Geld

soll sofort zur Tilgung von Schulden und Einkauf von Rohstoffen verwendet werden, um die drohende Insolvenz abzuwenden.

Der Gesellschafter X wendet sich mit folgenden Fragen an Sie:

- a) Ist ein Gesellschafter verpflichtet den auf ihn fallenden Anteil an der Kapitalerhöhung zu zeichnen? Kann man einen Gesellschafter zwingen, einen Beitrag zur Sanierung zu leisten? (8 P)
- b) Ist die Einzahlung auf das Konto der Gesellschaft bei der XY-Bank empfehlenswert? (10 P)
- c) Darf der Geschäftsführer die eingezahlten Mittel sofort für die geplanten Zwecke verwenden? Worauf sollte geachtet werden? (12 P)

AUFGABE 6 (30 P)

- a) Nennen Sie die wesentlichen Unterschiede bezüglich der Kompetenzen zwischen der Hauptversammlung einer AG und der Generalversammlung einer GmbH! (10 P)
- b) Was versteht man unter einer verschleierte Sacheinlage und welche Rechtsfolgen hat sie? (20 P)

WP – Klausurarbeit

Rechtslehre

gemäß § 239 Abs. 5 WTBG 2017/137 i.d.g.F.

i.V.m. § 34 Abs. 4 WTBG 1999

31. August 2018

Lösung

Beurteilung der Klausurarbeit
Rechtslehre
gemäß § 239 Abs. 5 WTBG 2017/137 i.d.g.F.
i.V.m. § 34 Abs. 4 WTBG 1999
31. August 2018

Codezahl:

Punkte	möglich:	erreicht:
Beispiel 1	40	
Beispiel 2	50	
Beispiel 3	40	
Beispiel 4	50	
Beispiel 5	30	
Beispiel 6	30	
Gesamtpunkte	240	

Notenvorschlag:	von	bis
nicht bestanden	0	143
Bestanden	144	240

Gesamtbeurteilung:

Datum:

Unterschrift:.....

Name in Blockschrift:.....

LÖSUNGEN KLAUSUR ALT:

AUFGABE 1:

- a) Zu prüfen wäre,
- ob der Kredit in der Krise gewährt wurde. Eine Krise liegt gemäß § 2 Abs 1 EKEG vor wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt der Kreditgewährung zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder URG Kriterien vorliegen (Ausnahme: die S-GmbH bedarf keiner Reorganisation)
 - Der von der Z-GmbH gewährte Kredit muss ein Geldkredit für mehr als 60 Tage sein; ist im Anlassfall gegeben
 - Die S-GmbH ist als Kapitalgesellschaft eine erfasste Gesellschaft im Sinne des § 4 EKEG
 - Die Z-GmbH muss erfasste Gesellschafterin im Sinne von § 5 EKEG sein; da sie nur mit 10 % an der S-GmbH beteiligt ist, wäre sie grundsätzlich keine erfasste Gesellschafterin. Die Kreditvergabe wurde aber mit der XY-Ltd abgesprochen. Es liegt daher ein abgestimmtes Verhalten im Sinne des § 6 EKEG vor; eine mündliche Vereinbarung reicht aus. Da die an der Absprache beteiligten Gesellschafter im Ausmaß des § 5 EKEG beteiligt sind, ist die Z-GmbH erfasste Gesellschafterin (siehe auch OGH 1 Ob 235/16i).
- b) Ist der Kredit Eigenkapital ersetzend, besteht eine Rückzahlungssperre bis zur endgültigen Sanierung der Gesellschaft. In der Insolvenz hat der Kreditgeber lediglich eine nachrangige Forderung iSd § 57a IO. Eine Anmeldung der Forderung wäre erst nach Aufforderung durch das Konkursgericht möglich. Die Z-GmbH würde im Konkurs nur Befriedigung erlangen, wenn alle übrigen (nicht nachrangigen) Gläubiger volle Befriedigung erlangt hätten und zu erwarten ist, dass es zu einer Befriedigung nachrangiger Gläubiger kommen wird.
- c) Kann man dem Masseverwalter eine Pflichtwidrigkeit bei der Prüfung des Eigenkapital ersetzenden Charakters der Forderung zur Last legen, würde der Masse durch die Anerkennung der Forderung ein Schaden entstehen. Der Masseverwalter wäre gemäß § 81 IO schadenersatzpflichtig.
- d) Zu beachten ist, dass A nicht Gesellschafter der S-GmbH ist. A beherrscht aber die XY-Ltd., die wiederum zu 90 % an der S-GmbH beteiligt ist und daher diese beherrscht. Hätte A den Kredit selbst gewährt, wäre er über § 8 Z 1 EKEG erfasster Gesellschafter und der Kredit daher Eigenkapital ersetzend. Gewährt er den Kredit über eine dritte Person als Treuhänder (hier: B), so ändert dies nichts an dieser rechtlichen Beurteilung. Es liege ein Fall des § 7 Abs 2 EKEG vor. Gewährt ein Dritter (hier B) einen Kredit als Treuhänder für einen Gesellschafter, so werden die Gesellschafterstellung des Treugebers und dessen Kenntnis der Krise dem Treuhänder zugerechnet. Der Kredit ist daher bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen Eigenkapitalersatz. Würde hingegen die Ehegattin B den Kredit auf eigene Rechnung selbst gewährt haben, dann wäre kein Eigenkapitalersatz gegeben, denn nahe Angehörige iSd § 32 IO eines (indirekten) Gesellschafter werden vom EKEG nicht dem (indirekten) Gesellschafter zugerechnet. Lediglich wenn nahe Angehörige beide Gesellschafter sind, wird gem § 6 EKEG abgestimmtes Verhalten vermutet.

AUFGABE 2:

(Anlehnung an OGH 6 Ob 84/17x)

- a) Nach § 16a Abs 2 GmbHG ist der Rücktritt generell gegenüber der Generalversammlung oder gegenüber allen Gesellschaftern zu erklären. Bei einer Einmann-GmbH wie im Anlassfall ist diese Bestimmung jedoch ohne Bedeutung. Nach hL wäre allerdings eine Urkunde gem. § 18 Abs 5 GmbHG zu errichten. Nach § 16a Abs 1 GmbHG ist der Rücktritt ohne wichtigen Grund erst nach Ablauf von 14 Tagen wirksam. Da hier kein wichtiger Grund vorliegt, wird der Rücktritt von X erst nach dieser Frist wirksam. Das mit dem Rücktritt verbundene Erlöschen der Vertretungsbefugnis ist zum Firmenbuch anzumelden.
- b) Das Rechtsgeschäft wäre wirksam, weil die Vertretungsmacht eines Geschäftsführers nach außen unbeschränkt und unbeschränkbar ist. Im Innenverhältnis hätte Y gegen eine Pflicht verstoßen und wäre allenfalls der Gesellschaft schadenersatzpflichtig.
- c) Weisungen kann nur die Generalversammlung erteilen. Der Aufsichtsrat kann ebenfalls verbindliche Anordnungen erteilen, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist oder durch Beschluss der Gesellschafter eine derartige Weisungsbefugnis eingeräumt wurde (§ 20 Abs 1 GmbHG in Verbindung mit § 30I Abs 4 GmbHG). Weisungen haben die Geschäftsführer grundsätzlich zu befolgen, es sei denn dass die Weisung rechtswidrig ist. An nichtige Weisungsbeschlüsse (etwa wegen Verstoß gegen § 82 GmbHG oder Weise ein strafbares Verhalten darstellen) sind die Geschäftsführer nicht gebunden. Mangelfreie Weisungsbeschlüsse sind dagegen zu beachten und sind grundsätzlich haftungsbefreiend.
- d) Der Gewinnvorab ist unzulässig und ein Verstoß gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz (Einlagenrückgewähr). Der Gesellschafter hat nur Anspruch auf den Bilanzgewinn auf Basis eines festgestellten Jahresabschlusses und eines Gewinnverteilungsbeschlusses. Eine garantierte Mindestzahlung ist wie ein fixe Verzinsung der Einlage und daher ein Verstoß gegen § 82 GmbHG.
- e) Auch diese Variante wäre unzulässig. Eine bloß de facto-Geschäftsführerstellung mit einem Entgeltsanspruch aus einem Anstellungsverhältnis ohne faktische Tätigkeit ist ein Scheingeschäft. Der Gesellschafter X erhält eine Leistung ohne entsprechende Gegenleistung; es liegt daher auch in diesem Fall eine unzulässige Einlagenrückgewähr vor. Dieses Scheingeschäft würde einem Drittvergleich nicht standhalten. Das Rechtsgeschäft wäre nichtig im Sinne des § 879 ABGB; die Gesellschaft hätte einen Erstattungsanspruch, der in 30 Jahren verjährt. Problematisch ist auch die Pro-Forma-Geschäftsführerstellung aus gesellschaftsrechtlicher Sicht. Ein Geschäftsführer, der bestellt und zum Firmenbuch angemeldet wurde, hat die ihm kraft Gesetz zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. X würde also als Pro-Forma-Geschäftsführer etwa auch für die termingerechte Erstellung des Jahresabschlusses und die Einreichung zum Firmenbuch verantwortlich sein wie etwa auch für die rechtzeitige Insolvenzantragstellung. X könnte sich nicht darauf berufen, dass er bloß pro forma zum Geschäftsführer bestellt wurde.
- f) Nach § 79 Abs 1 GmbHG ist die Teilung eines Geschäftsanteiles nur dann zulässig, wenn es im Gesellschaftsvertrag gestattet ist. Eine Ausnahme besteht lediglich für den Fall der Vererbung eines Geschäftsanteiles. Die Verpflichtung des X, zukünftig Teile seines Geschäftsanteiles an Y zu übertragen, bedarf gemäß § 76 Abs 2 GmbHG der Form eines Notariatsaktes. Da X und Y lediglich eine schriftliche Vereinbarung ohne Einhaltung der Notariatsaktsform abgeschlossen haben, ist diese Verpflichtung unwirksam. X könnte also nicht gezwungen werden, Teile seines Geschäftsanteiles an Y abzutreten.

- g) Besichert die Gesellschaft einen Kredit für den Gesellschafter, so muss auch diese Besicherung einem Drittvergleich standhalten. Zu prüfen wäre daher, ob und unter welchen Konditionen die Gesellschaft bereit wäre, für den Kredit eines Gesellschaftsfremden eine Sicherheit zu leisten. Hier erfolgt die Besicherung offensichtlich ohne jedwede Gegenleistung seitens des Gesellschafters und ohne Prüfung der Bonität. Es liegt daher eine unzulässige Einlagenrückgewähr mit Nichtigkeitsfolge vor.

AUFGABE 3:

- a) § 4 PSG schreibt lediglich ein Mindestvermögen in Höhe von €70.000 vor, bestimmt aber nicht, ob dieses in Form von Bar- oder Sacheinlagen aufzubringen ist. Die Stifter haben daher auch die Möglichkeit, das gesamte Stiftungsvermögen in Form von Immobilien aufzubringen. Es kann auch ein Fruchtgenussrecht vorbehalten werden. Entscheidend ist nur, dass positives Vermögen an die PS übertragen wird. Wird das Mindestvermögen nicht in Geld aufgebracht so muss gemäß § 11 Abs 1 PSG eine Gründungsprüfung vorgenommen werden.
- b) Bei einer PS kann auch mehr als der Bilanzgewinn an die Begünstigten ausgeschüttet werden. Nach § 9 Abs 2 Z 11 PSG kann in der Stiftungserklärung ein Mindestvermögen festgelegt werden, dass durch Zuwendungen an Begünstigten nicht geschmälert werden darf. Über die Höhe und Häufigkeit der Zuwendung kann ebenfalls in der Stiftungserklärung eine Regelung vorgesehen werden. Fehlen solche Regelungen, liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Stiftungsvorstandes, ob und in welcher Höhe Zuwendungen an Begünstigte erfolgen. Dabei muss der Stiftungsvorstand allerdings darauf achten, dass trotz Zuwendung der Stiftungszweck verfolgbar bleibt. Zudem dürfen Ansprüche der Gläubiger der Privatstiftung nicht geschmälert werden.
- c) § 8 PSG regelt die PS von Todes wegen, die durch eine letztwillige Verfügung in Form eines Notariatsaktes errichtet wird. Die Stiftung kann entweder als Erbe oder Vermächtnisnehmer eingesetzt werden. Mit dem Ableben des Stifters entsteht die PS als sogenannte Vorstiftung. Hat der Stifter bereits den 1. Stiftungsvorstand bestellt, so ist dieser im Verlassenschaftsverfahren zu verständigen. Der Stiftungsvorstand hat dann die Eintragung der PS ins Firmenbuch zu betreiben. Fehlt ein Stiftungsvorstand, so kann auf Antrag oder von Amts wegen das Gericht einen Stiftungskurator bestellen, der für die Entstehung der PS zu sorgen hat. Im Anlassfall scheidet aber eine PS von Todes wegen aus; nach § 3 Abs 1 PSG kann eine PS von Todes wegen nur einen Stifter haben. Das Ehepaar kann daher keine PS von Todes wegen errichten.
- d) Zählen der Stifter oder seine nahen Angehörigen zum Kreis der Begünstigten, so können diese gemäß § 15 Abs 2 und 3 PSG nicht gleichzeitig auch Stiftungsvorstand sein. Um die Erfüllung der Stiftungszwecke sicherzustellen, muss daher der Stiftungsvorstand von den Begünstigten unabhängig sein. Eine Regelung, wonach jedes Rechtsgeschäft, das für die Stiftung „von Bedeutung“ wäre, könnte den Stiftern bzw dem ausschließlich aus Begünstigten bestehenden Beirat ermöglichen, jedes vom Vorstand beabsichtigte Rechtsgeschäft durch das Zustimmungs- oder Vetorecht zu verhindern. Der Vorstand würde dadurch zum bloßen Vollzugsorgan der Wünsche der Stifterin oder des an ihrem „Gängelband“ hängenden Beirats (vgl 6 Ob 42/13i). Dies ist aber nach einhelliger Rechtsprechung und Lehre nicht zulässig (6 Ob 60/01v; 6 Ob 49/07k; 6 Ob 195/10k; 6 Ob 139/13d; 6 Ob 96/15m).

AUFGABE 4:

- a) Eine Überschuldung im Sinne des Insolvenzrechts vor, wenn die Gesellschaft rechnerisch überschuldet ist und keine positive Fortbestehensprognose gegeben ist. Die rechnerische Überschuldung ist anhand einer Überschuldungsbilanz zu ermitteln; unter Zugrundelegung von Liquidationswerten wird geprüft, ob das vorhandene Vermögen zur Deckung der Schulden ausreicht. Nach dem Leitfaden Fortbestehensprognose 2.0 sind eine Primärprognose und eine Sekundärprognose zu erstellen. Im Rahmen der Primärprognose ist die Aufrechterhaltung der Zahlungsfähigkeit für die nächsten zwölf Monate anhand eines Finanzplans glaubhaft nachzuweisen. Im Rahmen der Sekundärprognose muss dargelegt werden können, dass durch die geplanten Maßnahmen ein Turnaround erwartet werden kann. Der Zeitraum beträgt grundsätzlich 2-3 Jahre.
- b) Ist ein Kredit Eigenkapital ersetzend, so besteht außerhalb der Insolvenz nur eine Rückzahlungssperre. In der Insolvenz begründet der Kredit eine nachrangige Forderung nach § 57a IO. Bei der Prüfung, ob rechnerische Überschuldung vorliegt, müsste der Kredit in der Überschuldungsbilanz trotzdem als Verbindlichkeit angesetzt werden. Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn der Gesellschafter eine qualifizierte Rangrücktrittserklärung im Sinne des § 67 Abs 3 IO abgibt. Eine rechnerische Überschuldung kann daher durch einen eigenkapitalersetzenden Kredit nicht beseitigt werden. Aufgrund der Rückzahlungssperre hätte der Kredit allenfalls positive Auswirkungen auf die Primärprognose, weil keine Rückzahlungsverpflichtung besteht.
- c) Auch diese Erklärung ist nicht geeignet zu begründen, warum keine insolvenzrechtlich relevante Überschuldung vorliegt. Wird nämlich der besichernde Gesellschafter von der Bank in Anspruch genommen, so geht die Forderung der Bank gegenüber der Gesellschaft im Wege der Legalzession nach § 1358 ABGB auf den Bürgen über. Aus Sicht der Gesellschaft käme es nur zu einem Gläubigerwechsel. Daher wäre der Kredit sowohl im Rahmen der Prüfung der rechnerischen Überschuldung als auch als Zahlungsverpflichtung im Rahmen der Erstellung der Primärprognose entsprechend zu berücksichtigen.
- d) Auch eine Patronatserklärung kann isoliert betrachtet nicht begründen, weshalb keine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt. Es müsste einerseits überprüft werden, ob der Gesellschafter als Patron wirtschaftlich überhaupt in der Lage wäre, seine Verpflichtungen aus der Patronatserklärung zu erfüllen. Andererseits müsste die Patronatserklärung inhaltlich dahingehend geprüft werden, ob es sich um eine weiche oder harte Patronatserklärung handelt. Nur bei einer harten Patronatserklärung entstünde für den Gesellschafter auch eine Leistungspflicht.
- e) Die Tatsache, dass die Gesellschaft in der Vergangenheit und in der Zukunft in der Lage sein wird, ihre Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen bedeutet nur, dass sie zahlungsfähig ist. Zahlungsfähigkeit bedeutet aber nicht, dass die Gesellschaft auch ein entsprechendes Schuldendeckungspotenzial hat. Die Zahlungsfähigkeit hat zwar Bedeutung im Rahmen der Primärprognose; die Zahlungsfähigkeit kann aber isoliert betrachtet nicht begründen, ob aus Sicht der Gesellschaft eine positive Fortbestehensprognose besteht.

AUFGABE 5:

- a) Ein Gesellschafter hat nur ein Bezugsrecht, aber keine Bezugspflicht. Er kann daher selbst in der Krise der Gesellschaft nicht gezwungen werden, ihr neues Kapital zuzuführen (siehe OGH 6 Ob 47/11x). Dies kann auch aus der Treuepflicht nicht abgeleitet werden. Allerdings kann der Gesellschafter aufgrund der Treuepflicht verpflichtet sein, einem Kapitalerhöhungsbeschluss zuzustimmen; macht er von seinem Bezugsrecht keinen Gebrauch, muss er eine Verwässerung seiner Beteiligung in Kauf nehmen.
- b) Die Einzahlung auf ein Konto der Gesellschaft ist nicht empfehlenswert. Die Einlage ist nämlich so zu leisten, dass sie zur freien Verfügung der Geschäftsführer steht. Leistet der Gesellschafter auf ein Debetkonto der Gesellschaft, so kann es an der freien Verfügbarkeit mangeln. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Bank unmittelbar nach der Einzahlung die Kontoverbindung kündigt oder nach vereinbarungswidrige Überziehung über den gewährten Kreditrahmen hinaus eine neuerliche Überziehung nicht zulässt (siehe OGH 6 Ob 61/98h). Empfehlenswert wäre, wenn der Geschäftsführer bei einer anderen Bank (wegen der Aufrechnungsmöglichkeit in den AGB der Banken) ein neues Konto für die Gesellschaft eröffnet und die Gesellschafter auf dieses Konto die Einlage leisten.
- c) Nach herrschender Judikatur (siehe etwa OGH 6 Ob 108/09i) muss das eingezahlte Kapital zum Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Firmenbuch noch im Gesellschaftsvermögen vorhanden sein. Der OGH lässt allerdings werterhaltende Verfügungen vor Anmeldungen zu. Der Einkauf von Rohstoffen wäre also zulässig, wenn sich diese zum Zeitpunkt der Firmenbuchanmeldung noch im Gesellschaftsvermögen befinden. Die Bezahlung von Altschulden ist dagegen keine werterhaltende Verfügung. Empfehlenswert wäre daher, unmittelbar nach Einzahlung der Einlage die Kapitalerhöhung zum Firmenbuch anzumelden und erst danach über die Einlage zu verfügen.

AUFGABE 6:

- a) Die Hauptversammlung der AG hat weniger Kompetenzen als die Generalversammlung der GmbH:
 - sie kann keine Weisungen erteilen
 - sie bestellt nicht das Leitungsorgan; die Hauptversammlung wählt lediglich den Aufsichtsrat, der wiederum den Vorstand bestellt
 - die Hauptversammlung stellt grundsätzlich nicht den Jahresabschluss fest billigt der Aufsichtsrat den vom Vorstand aufgestellten und geprüften Jahresabschluss so ist diese gemäß § 96 Abs 4 AktG festgestellt, es sei denn dass sich Vorstand und Aufsichtsrat für eine Feststellung durch die Hauptversammlung entscheiden. Der Hauptversammlung obliegt lediglich die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns
- b) Bei einer verschleierte Sacheinlage wird zunächst eine Bargründung oder Kapitalerhöhung mit Bareinlage vorgenommen. In einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Bareinlagenleistung wird ein Rechtsgeschäft mit dem Gesellschafter abgeschlossen. Die von ihm geleistete Bareinlage fließt als Gegenleistung aus dem Rechtsgeschäft an ihn zurück. Im Ergebnis wird versucht, die Sacheinlagevorschriften zu umgehen. Der Umgehung von Sachgründungsvorschriften wirkt bei der AG auch die Bestimmung des § 45 AktG über die Nachgründung entgegen. Demnach bedürfen Rechtsgeschäfte mit Gründern oder diesen nahestehenden Personen innerhalb von zwei Jahren nach Gründung, bei denen die Gegenleistung mindestens 10% des Grundkapitals beträgt, der Zustimmung der Hauptversammlung und sind die Vorschriften über die Sachgründung (insbesondere

Durchführung einer Gründungsprüfung durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer) einzuhalten.

Rechtsfolgen der verschleierte Sacheinlage nach der Judikatur des OGH:

- der Geschäftsführer bzw Vorstand konnte nicht frei über die Bareinlage verfügen, weil diese an den Gesellschafter zurückgeflossen ist; der Gesellschafter muss daher nochmals eine Bareinlage leisten
- die Vereinbarung der Sachübernahme hätte im Gesellschaftsvertrag oder im Kapitalerhöhungsbeschluss festgehalten werden müssen (siehe § 20 Abs 3 AktG bzw. § 6 Abs 4 GmbHG). Ist dies nicht der Fall, ist das Rechtsgeschäft nichtig und daher rückabzuwickeln
- der Gesellschafter muss also die erhaltene Leistung an die Gesellschaft zurückzahlen; er hat aber einen bereicherungsrechtlichen Anspruch gegenüber der Gesellschaft auf Herausgabe der Sache.